

## EL REINCIDENTE COMO «ENEMIGO»: APROXIMACIÓN AL TEMA

Eduardo Alcócer Povis

**Sumario:** I. Consideración inicial II. Análisis 1. La reincidencia como agravante de la pena 2. La reincidencia como presupuesto para la aplicación de la prisión provisional 3. La reincidencia como excepción a la ejecución de la pena III. Consideración final

### I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Jakobs llama «enemigo», entre otros, al delincuente habitual, a quien hace del crimen su «modo de vida»<sup>1</sup>. Es cierto que la descripción<sup>2</sup> (para muchos «justificación») que él hace del concepto «derecho penal del enemigo» ha sido objeto de crítica por un amplio sector de la doctrina<sup>3</sup> y por el propio TC peruano<sup>4</sup>. Lo cierto es que explica una realidad normativa innegable<sup>5</sup>: aquella que se caracteriza por

---

1 Jakobs, 2004: 59.

2 Jakobs, 2006: 279. Sostiene que «no es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, mucho menos de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro».

3 Al respecto, ver: Alcócer Povis, 2009: 62-69.

4 Ver: STC, Exp. N. 0003-2005-PI/TC (de 9 de agosto de 2006) y la STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC (de 19 de enero de 2007).

5 Como bien menciona Polaino-Orts: «[...] supuestos reales de Derecho penal del enemigo, en el sentido en que Jakobs emplea el término [...] no solo existen en la actualidad, sino

excluir (mediante la imposición de medidas duras de corte penal material, procesal y penitenciario) a quien —entre otros— por su historia criminal se aleja del sistema, convirtiéndolo en «enemigo», esto es en una mera fuente de peligro que amenaza la normal convivencia social. Precisamente, el tratamiento legislativo del reincidente [del peligroso] en el Perú (en lo penal, procesal penal y en el campo penitenciario) constituye una expresión de esta forma de derecho penal.

En esa línea y dejando de lado ciertos prejuicios académicos (que muchas veces llevan a sostener emotivamente que la legislación contra «enemigos» es per se ajena a un Estado social y democrático de derecho)<sup>6</sup>, pretendo exponer de modo general el contenido del concepto de «reincidencia», su justificación y crítica, teniendo como baremo lo expresado por el TC y el contenido del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116<sup>7</sup>.

## II. ANÁLISIS

En su sentido literal, reincidir significa «recaer» o «repetir». En su sentido jurídico, el contenido de dicho concepto lo delinea el trabajo legislativo, por lo que debe de acudir al Derecho positivo para entenderlo (aunque, como se verá más adelante, el TC ensaya una definición, no libre de crítica). En el Perú, la Ley N. 28726 (del 9.5.2006) modificó el CP y el CPP 1991 de la siguiente forma. Por un lado, se insertaron en el art. 46 del CP dos agravantes genéricas de la pena: la habitualidad (inc. 12) y la reincidencia (inc. 13). Por otro; se incorporaron en sendas disposiciones se definieron esas agravantes. En el art. 46-B, se dispone:

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente./  
Constituye circunstancia agravante la reincidencia./ El juez podrá aumentar la

---

que han existido siempre, aunque no se les llamara de ese modo». Ver: Polaino-Orts, 2006: 188-190.

- 6 Es cierto que el grueso de decisiones legislativas dirigidas a asegurar al «enemigo» resultan ajenas al modelo de Estado establecido en la Constitución peruana; sin embargo, y adelantando en parte mi opinión sobre el tema, considero que, en algunas situaciones podría justificarse la adopción de medidas «duras» en contra de «enemigos» (no en el uso peyorativo, sino descriptivo del término). Por ejemplo, cuando se utiliza correctamente la llamada «colaboración eficaz» a fin de desbaratar organizaciones criminales o cuando se penaliza proporcionadamente el acto de pertenecer a una organización criminal (art. 317 del CP).
- 7 El art. 301-A del CdePP establece, entre otras cosas, que las resoluciones judiciales emitidas por la Sala penal de la Corte Suprema y los Acuerdos Plenarios constituyen precedente vinculante cuando así se indique en las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Según dicha disposición procesal, se requiere para su obediencia o efecto vinculante, de su publicación en el Diario Oficial o por Internet en el Portal del Poder Judicial.

pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal./ A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

En el art. 46-C se establece:

Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En materia procesal, con la Ley N. 28726, se modificó el art. 135.2 del CPP de 1991, indicándose que para imponer la detención provisional basta que el juez verifique la suficiencia probatoria demostrativa del vínculo del procesado con la comisión del delito y la peligrosidad procesal. No es más necesario que compruebe que la sanción a «imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad». Así pues, para imponer la prisión provisional como medida cautelar es suficiente que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.

Además, mediante el DLeg N. 982 (del 22.07.2007), se modificó el art. 57 del CP referente a la determinación de la ejecución de la sanción, En esta disposición se prevé la improcedencia de la suspensión de la ejecución de la pena cuando el agente es reincidente o habitual.

De esta manera, la calificación a un ser humano de reincidente o habitual incide no solo en el campo de la determinación judicial de la pena, sino también agrava su situación en el proceso y, en algunos casos, provoca un trato más aflictivo cuando se evalúa la posibilidad de que cumpla una pena privativa de libertad efectiva. A continuación, se expondrán algunas ideas haciendo alusión a cada uno de estos tres escenarios, incidiendo en el primero de ellos.

## **1. La reincidencia como agravante de la pena**

La reincidencia como agravante de la pena, en el Perú, constituye una vieja figura incluida ya en los Códigos penales de 1863<sup>8</sup> y de 1924<sup>9</sup>. Fue proscrita por el

---

8 El CP 1863 lo reguló así: «Art. 10. Son circunstancias agravantes: [...] 14. Ser el culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie».

9 Así lo prescribió el CP 1924: «Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito también con pena privativa de la libertad».

CP 1991. Su reingreso comenzó, antes de dictarse Ley N. 28726, mediante las disposiciones relativas al terrorismo, conforme se estipula en el art. 4 del DLeg N. 921<sup>10</sup>.

En cuanto a su definición, en la STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC el Tribunal considera que: «[...] la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior»<sup>11</sup>.

Discrepo de esta posición. La reincidencia no es una situación fáctica, sino es un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal. Lo fáctico (el nuevo hecho) es valorado negativamente pues el agente demuestra o comunica un mayor desprecio al ordenamiento jurídico. El nuevo hecho es otro para el derecho: es un hecho más afflictivo. Así, solo normativamente (existen diversas posiciones que desarrollan sus fundamentos) se puede explicar el contenido de dicha agravante.

El TC, en la misma Sentencia, indica lo siguiente:

Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el nomen iuris que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión per se del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona<sup>12</sup>.

El TC se coloca en el lugar del legislador y explica los alcances —no establecidos en la Ley N. 28726— de la figura de la reincidencia. Señala que una persona es reincidente cuando, luego de realizarse la subsunción típica de la conducta (debería decir: luego de verificarse la responsabilidad penal), se identifica la existencia de antecedentes penales por el «mismo delito». Es decir, el TC restringe la aplicación de la agravante a los casos en los que haya identidad de delitos cometidos

10 En este Decreto Legislativo, se indica lo siguiente: «la pena máxima para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del DLeg N. 25475 será de cadena perpetua».

11 STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico, 17.

12 STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 18.

(entendiendo, identidad absoluta de tipo penal: objetiva y subjetiva) y no solo a los casos en que haya identidad de delitos dolosos como regula expresamente la Ley (identidad relativa de tipo penal).

La reincidencia constituye una agravante presente en las legislaciones de varios países (España, Italia, Argentina, entre otros). En doctrina se han realizado varios ensayos tendientes a justificarla, generalmente basadas en las siguientes consideraciones (a modo de resumen):

1. Una mayor culpabilidad: se afirma que estos delincuentes demuestran una mayor capacidad para delinquir, caracterizada por la actitud permanente para violar las normas penales<sup>13</sup>. La mayor culpabilidad que justifica el mayor reproche radica en que el sujeto conoce la amenaza penal mejor que otro que nunca lo ha sufrido<sup>14</sup>. Así, la reincidencia sería un síntoma de una «perversa» condición subjetiva de un ser humano hacia el delito<sup>15</sup>.
2. La insuficiencia comunicativa de la pena impuesta por el primer delito: desde el punto de vista político criminal, se asevera que las penas, señaladas por el legislador para cada delito, tienen la presunción de ser adecuadas a la necesidad de represión. Pero cuando el mismo individuo vuelve a delinquir, entonces se tiene el fatal convencimiento de que la primera condena no ha producido el efecto saludable que esperaba el legislador. Ello significa que el sujeto no solo ha demostrado un desprecio a la ley, sino también a la pena anteriormente impuesta<sup>16</sup>.
3. Una mayor alarma social: se afirma que el «mal» del delito no es solo físico (el que «sufre» la víctima) sino también social y político<sup>17</sup>. De esta manera, la agravante de la pena al reincidente está dirigida a causar temor a los potenciales delincuentes y un ejemplo al sujeto obstinado en cometer permanentemente delitos.

---

13 Lattagliata, 1963: 270-271. Indica que «[...] la reincidencia, al igual que todas las circunstancias de la culpabilidad, no incide sobre el hecho típico, sino que implica un juicio de reprobación distinto por una acción típica cometida en una singular situación concreta. La reincidencia es un diferente grado de desobediencia contra un mismo mandato; desobediencia característica de una cierta personalidad».

14 Maurach, 1962: 546. Quien afirma que mientras para el juicio general de culpabilidad basta con la observación de rebeldía frente a la norma (ley prohibitiva), en el reincidente concurre además en sentido agravatorio la representación de la punibilidad de su hacer.

15 García, 1992: 107. Al respecto, sostiene que «en este pensamiento subyace la idea de que el reincidente, que ya ha soportado una pena, al cometer un nuevo delito demuestra su insensibilidad a la pena anteriormente cumplida, lo que lo hace más culpable».

16 Con mayor detalle: Carrara, 1957: 204 s.

17 Conforme lo expone Zanardelli, citado por Donna, 1984: 46 s.

4. La doble vulneración de normas jurídicas: se afirma que junto al interés específico que vulnera el reincidente al volver a delinquir se encuentra otro valor de corte general: el mantenimiento del orden jurídico penalmente establecido. De este modo «la agravación de la imputabilidad por efecto de la reincidencia queda así determinada por el deber que el Estado tiene, al ejercitar su función de tutela jurídica, de procurar la reintegración del interés particular lesionado, pero también de proteger el entero orden jurídico, que con especial intensidad queda perturbado por la actividad criminal del reincidente»<sup>18</sup>.

A pesar de estas consideraciones, es todavía fuerte, en los últimos años, la corriente doctrinal que muestra un marcado rechazo a esta forma de agravación de la responsabilidad penal<sup>19</sup>.

Conviene recordar la última parte de la Exposición de Motivos del CP 1991, en la que se resumen los principales argumentos críticos esgrimidos en doctrina:

Estas formas aberrantes de castigar [la reincidencia y habitualidad] sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo [...] carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena [...] conlleva una violación del principio *ne bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito) [...] este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social.

Se afirma, además, que la reincidencia y la habitualidad como agravantes atentan al principio de resocialización de las penas consagrado en el art. 139. 22 de la Constitución pues se trastoca la idea de la resocialización como deber del Estado para convertirse en un deber del condenado<sup>20</sup>. Además, según un sector de la doctrina, con las figuras de la reincidencia y la habitualidad se vulnera la presunción de

---

18 Manzini, citado por Martínez de Zamora, 1971: 52.

19 Entre otros, Mir Puig 1974: 546. Afirma que: «Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multirreincidencia». Ya advierte Gracia Martín que «pena y medida, culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención son conceptos contrapuestos e incompatibles». Gracia Martín, 2003: 568. En el Perú, recientemente: Oré Sosa, 2006: 13-21. También, Peña-Cabrera Freyre, 2006: 13 ss. En relación con la incorporación de la habitualidad delictiva como circunstancia que permite la aplicación de la prisión preventiva: Reátegui Sánchez, 2006: 33 ss.

20 Roxin, 2001: 225. Quien se muestra en contra de una visión pasiva del comportamiento del condenado frente a la finalidad de resocialización que tiene la pena. Dice el jurista alemán que el condenado «no es ya mero objeto de castigo [...] sino que posee más y más chances de convertirse en sujeto y co-organizador de la realización de la sanción. El fenómeno del castigo ya no

inocencia en tanto la anterior comisión del delito por parte del agente presupone la peligrosidad del mismo. Presunción de peligrosidad que agrava la pena sin que se aporte alguna prueba más que la simple verificación de la antigua condena.

Asimismo, se dice que esta agravante es ilegítima porque la sanción supera el marco que es propio al hecho cometido en función de consideraciones sobre la personalidad del sujeto y no sobre el acto realizado. Y es que, para la mayoría, el derecho penal se estructura «sobre la base de comportamientos previstos como delito por el legislador. Se juzga, pues, conductas humanas, no formas de ser, por más desviadas que estas sean»<sup>21</sup>.

Por lo demás, el TC ha declarado que «ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente»<sup>22</sup>.

A pesar de esta afirmación categórica, el mismo tribunal<sup>23</sup> sostiene que la figura de la reincidencia no vulnera los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad.

En cuanto al primero dice: «El primer delito cometido —aquel que es objeto de consideración— no recibe una pena adicional ni una agravación de esta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto [...]»<sup>24</sup>.

El TC solo evaluó a la reincidencia como agravante genérica (la incluida en el art. 46 del CP, cuyo límite es aquel que establece el máximo de pena conminada) y no como agravante específica (establecida en el art. 46-B del CP, que supera el máximo de pena conminada)<sup>25</sup>.

Para el tribunal, el primer delito cometido no es objeto de una nueva sanción, sino sirve para graduar la pena por lo que no se afectaría el principio de *ne bis in idem*. En esta parte estoy de acuerdo con lo resuelto, pues en relación con la agravante por reincidencia establecida en el art. 46 del CP no se «crea» una nueva sanción. La pena conminada no se altera, las circunstancias agravantes (entre otras, la reincidencia y la habitualidad, aunque esta última no la menciona el TC) tienen como límite el máximo de pena privativa de libertad prevista legislativamente. Por

---

es, exclusivamente, una imposición de la autoridad; él contiene muchos llamados a la iniciativa propia del condenado y se convierte así en una ayuda para la auto-ayuda».

21 Oré Sosa, 2008: 77 ss.

22 STC Exp. N. 0019-2005-AI/TC.

23 STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC.

24 STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 24.

25 El TC, en el fundamento jurídico 15 de la Sentencia indica lo siguiente: «El análisis de la Ley N 28726, que incorpora la reincidencia y la habitualidad como criterios para la determinación de la pena operando como agravantes genéricos, comportará determinar su correspondencia o contradicción con el principio constitucional del *ne bis in idem*. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante [...]».

lo tanto, en los casos de las agravantes genéricas (entre ellas, las de ser reincidente o habitual) no existe una vulneración a la prohibición del *bis in idem*. Desde el principio de legalidad, el mensaje normativo, dirigido al ciudadano, no se cambia puesto que él conoce el comportamiento prohibido y el rango de pena (el mínimo y máximo legalmente establecido) por el que, de ser el caso, será sancionado.

Lo contrario sucede con los alcances de la reincidencia y habitualidad como agravantes específicas, pues en ella sí se establece un nuevo marco punitivo respecto al delito, sobre la base del delito precedente (arts. 46-B y 46-C CP), en una clara vulneración al principio *ne bis in idem*. Se valora dos veces un mismo hecho para «crear» una nueva pena<sup>26</sup>. En este sentido, ambas disposiciones resultan inconstitucionales<sup>27</sup>. Desde el principio de legalidad, el ciudadano sabe que existe —al ser reincidente— una nueva pena que se funda solamente en un hecho suyo anteriormente sancionado.

En resumen, lo opinado en el párrafo anterior desvalora lo regulado en los arts. 46-B y 46-C en la medida en que con estas disposiciones el legislador materialmente «crea» una nueva pena en contra del «peligroso», al valorar un mismo hecho dos o más veces.

Respecto al principio de culpabilidad, el TC señala lo siguiente:

una interpretación constitucional derivada de los artículos 2, inciso 24, literal f, 37, 140 y 173 de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N 28726 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional<sup>28</sup>.

Efectivamente, concuerdo con el TC cuando afirma que la determinación (entendiendo, cuantitativa<sup>29</sup>) de la culpabilidad debe de ser una decisión formada

26 Reátegui siguiendo a Zaffaroni indica que la «prohibición de doble valoración de hechos de cuantificación de pena o simplemente prohibición de doble valoración» resulta ser un desprendimiento de una forma de garantía material del *ne bis in idem*. Reátegui Sánchez 2006: 28. En similar sentido también en comentario a la sentencia se expresa Villavicencio. Ver: Villavicencio Terreros, 2008: 70 ss.

27 Zaffaroni indica asimismo, que aquel plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que aquello importaría una violación constitucional del *ne bis in idem*. Concluye que, de este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional. ZAFFARONI, 2005: 769.

28 STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 24, fundamento jurídico 39)

29 Con detalle: Prado Saldarriaga, 2008: 551.

a partir de una valoración conjunta de diversos criterios (entre ellos, los antecedentes penales del sujeto). Esto, en alusión a lo regulado en el art. 46 del CP. Sin embargo, cuando se sanciona extramuros de la pena conminada (arts. 46-B y 46-C del CP), la «nueva» pena será producto de la valoración única del pasado criminal, lo cual la deslegitima. Y es que la peligrosidad, en este último caso, deja de ser objetiva (confirmada con otros elementos), para ser puramente subjetiva (por la sola creencia que el sujeto, por haber delinquido, ya es per se un foco de peligro para la sociedad). Se pasa de un derecho penal del «acto» y del «autor» (los que considero acorde con un Estado social y democrático de derecho) a un ilegítimo derecho penal del «ánimo».

Para ser más explícito con mi posición. Es usual leer y escuchar que mediante la figura de la reincidencia se vulnera el principio de la responsabilidad por el hecho en favor de un —ilegítimo— derecho penal del «autor»: «se sanciona por lo que es no por lo que hizo». No comparto esta posición. En realidad, el derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho es —o deber ser— no solo de «hecho» sino también del «autor». La actual regulación y la doctrina así lo sigue (diría de forma tácita), en especial cuando se analiza, por ejemplo, la culpabilidad en sentido estricto (como categoría jurídica) pues en ella se evalúa —entre otros elementos— la capacidad del sujeto individualmente considerado de acceder a la norma y de comportarse conforme a ese conocimiento. Otro elemento que demuestra que el derecho penal que defendemos es también del «autor» es el de los criterios de individualización judicial de la pena (arts. 45 y 46 del CP). Y es que para determinar judicial y cuantitativamente la pena no solo se evalúa la afección al bien jurídico, sino también se toma en cuenta las características de la persona (por ejemplo, su cultura o costumbres).

En todo caso, lo reprobable es que se sancione a un sujeto en virtud de la llamada culpabilidad por el «ánimo». Y es que de esta manera se sanciona al sujeto sin necesidad de que haya manifestado su conducta exteriormente, sino por considerarlo peligroso sobre la base de un juicio anticipado de peligrosidad, o por pertenencia a una determinada raza, género o ideología política<sup>30</sup>. En otras palabras, también por el hecho de haber delinquido anteriormente. Es cierto que en el caso de la reincidencia, el derecho penal del «ánimo» no abandona al «hecho»: se procesa y sanciona a alguien por el hecho que cometió (aunque hay una doble valoración del hecho, como vimos antes). Sin embargo, la cuantificación de la pena supone una presunción de peligrosidad subjetiva mediante la cual se considera al sujeto, por su mero pasado criminal, como un ser predeterminado a

---

30 Polaino-Orts, 2006: 214 ss.

cometer delitos. Lo prescrito en los arts. 46-B y 46-C del CP pone en evidencia, precisamente, el ilegítimo derecho penal del «ánimo».

Con referencia al principio de la proporcionalidad, el TC indica que la intervención del legislador al restringir los derechos fundamentales, en el caso de la reincidencia, resulta idónea (el objetivo es legítimo), necesaria (no se dan otros medios alternativos) y es proporcional en sentido estricto (el grado de realización del fin legítimo es equivalente al grado de afectación a la libertad personal). Por tanto, concluye, no se restringe ilegítimamente el derecho a la libertad.

El TC en la sentencia materia de comentario, hace referencia a tal principio, en su variante de prohibición o interdicción por exceso, con lo que denota que dicho principio se satisface en sus tres presupuestos (subprincipio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad propiamente dicho), por lo que concluye no infringe el principio de proporcionalidad<sup>31</sup>.

Al respecto, el principio de culpabilidad implica, entre otras cosas, que la gravedad de la pena deberá ser proporcionada a la del hecho cometido<sup>32</sup>. De ahí que se hable de dos aspectos o exigencias que habrá que distinguir en el principio de proporcionalidad: a) Que la pena sea proporcionada al delito (en términos de prevención general negativa y positiva); y b) Que la medida de la proporcionalidad se establezca sobre la base de la importancia social del hecho pues, un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos por la que se impone, según el grado de «nocividad social» del ataque al bien jurídico<sup>33</sup>.

Conviene escindir los alcances de la reincidencia y la habitualidad en tanto agravantes genéricas (art. 46 del CP) del otro contexto impuesto a nivel legislativo, como agravantes específicas (arts. 46-B y 46-C del CP). En las figuras de la reincidencia y de la habitualidad vistas como agravantes genéricas la culpabilidad por el hecho del «autor» individualmente considerado tiene como dato resaltante el considerarlas como una muestra de la peligrosidad objetiva del sujeto (demostrada junto a otros elementos objetivos). Dicha respuesta estatal la considero proporcional al delito cometido. Y es que, en este caso, existe un mayor injusto en quien reincide en el delito, por lo que merece una respuesta penal diferente, pero limitada al máximo de pena privativa de libertad previsto legislativamente.

31 STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 24, fundamento jurídico 40 ss.

32 Mir Puig ha previsto que el principio de culpabilidad en razón a su contenido, solo exige que pueda «culpase» al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere ciertas condiciones que permitan *imputarle* la lesión (como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal). Nada dice esto de la *gravedad* de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a esta la cuantía de la pena. MIR PUIG, 2004: 100.

33 *Ibidem*.

Sin embargo, cuando las figuras de la reincidencia y la habitualidad constituyen agravantes específicas, no solo se rebasa el contenido del injusto asignándole un plus de culpabilidad al autor, donde se le reprocha no solo su «modo de vida», sino que además se le impone una «nueva» sanción que supera los límites de la pena conminada, lo cual es contrario al principio de proporcionalidad<sup>34</sup>. Y es que «la amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación a través del amedrentamiento de la pena»<sup>35</sup>. La reincidencia y la habitualidad, como agravantes específicas, son expresión de un uso irracional de la sanción: pues la misma («nueva» pena, más grave) no resulta necesaria para alcanzar los fines preventivos, existiendo otros métodos alternativos que reconocen la peligrosidad objetivamente demostrable del sujeto (art. 46 del CP), no de modo subjetivo. Asimismo, por lógica: «si una condena previa denota una mayor culpabilidad para salir de los umbrales de la pena abstracta, entonces la falta de ella bien podría importar una menor culpabilidad y así justificar —con la misma lógica— la imposición de una pena por debajo del mínimo legal; en otras palabras: considerar la no existencia de antecedentes penales como una atenuante»<sup>36</sup>.

En el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 fueron fijadas algunas reglas para la aplicación de las figuras de la reincidencia y la habitualidad<sup>37</sup>, asumiendo la constitucionalidad de dichas circunstancias agravantes, ya declarada en la STC Exp. N. 0014-2006-PI-TC —analizada y criticada anteriormente.

Entre otros criterios importantes, el Acuerdo establece, en el parágrafo 12, la finalidad y el fundamento de la reincidencia. Así, se afirma que «la reincidencia [tiene como] finalidad [de responder] a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto [...]». Así, se contradice al TC, quien afirma que la finalidad es preventiva general: «proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el

---

34 La jurisprudencia peruana, así en la Ejecutoria Suprema Exp. N. 691-2000 del 26 de mayo de 2000, se ha expresado en ese sentido: «Por el principio proporcionalidad, [...] la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho y, por tanto, no es atinado tomar en cuenta los antecedentes penales que registra el encausado, para efectos de determinar el *quantum* de graduación judicial de la pena, en un sistema penal del acto al que pertenece nuestro Código Penal».

35 Bustos Ramírez, T. I. 2004: 549.

36 Oré Sosa, 2008: 85.

37 El Acuerdo, conforme lo anota, tomó como referencia «los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados en Arequipa, Lima e, Iquitos, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de la Leyes N 28726 y 28730, en lo que atañe: a) a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (arts. 46, incisos 12 y 13, 46 B, 46 C, y 69 del CP) y así como al b) concurso real de delitos (Art. 50 y 51 del C. P.). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta».

bienestar general»<sup>38</sup>. En la conjugación de ambas finalidades podemos encontrar el objetivo que se tuvo al regular la reincidencia. En cuanto al fundamento, este se halla, en ambos documentos, en la agravación de la responsabilidad en virtud de la conducción de la «vida delictiva»<sup>39</sup>. Dicho de otra manera, en el «modo de vida». Al respecto, conviene señalar que en mi opinión para que la peligrosidad sea objetiva (solo de ese modo se puede fundamentar la reincidencia), no es suficiente el mero pasado criminal para que el Estado responda de forma más grave. Es necesario se verifique que objetivamente existen otros elementos que manifiesten dicho plus de peligrosidad. Caso contrario, la presunción de riesgo social que recae en el reincidente será ilegítima.

Otra información importante incluida en el Acuerdo<sup>40</sup> es aquella que establece que la reincidencia y la habitualidad

no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Solo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.

Con esto, se deja de lado la valoración de la cualidad de reincidente y habitual como agravantes genéricas (art. 46 del CP) para utilizarla solo como agravantes específicas (art. 46-B y 46-C)<sup>41</sup>. Por lo que, al reafirmar mi posición descrita líneas arriba y siguiendo lo dicho en el Acuerdo, concluyo que la reincidencia y la habitualidad en el Perú es expresión de una forma de «enemigo» en el sentido jurídico penal del término.

Además, en el Acuerdo se indica que «la condición cualificada de una agravante siempre demanda que el Juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el art. 46 B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo legal». En sí, al existir un nuevo marco conminatorio (más grave) cuando el hecho es cometido por un reincidente o habitual, entonces el legislador ha creado una «nueva» pena, lo que

38 STC Exp. N. 0014-2006-AI/TC, fundamento jurídico 43.

39 STC Exp. N. 0014-2006-AI/TC, fundamento jurídico 37.

40 Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, párrafo 13

41 Con lo que deja vacío de contenido lo expresado por el TC en la STC Exp. N. 0014-2006-AI/TC, pues esta última solo evaluó la constitucionalidad de la reincidencia y habitualidad como agravantes genéricas.

—desde mi punto de vista— sustenta la ilegitimidad de esta medida (como dije antes, entre otras cosas, los arts. 46-B y 46-C del CP vulneran la prohibición *ne bis in idem*: sanciona dos o más veces a una misma persona valorando de manera sucesiva el mismo hecho).

Por último, en el Acuerdo, al interpretar los arts. 46-B 69 CP, se afirma que la reforma de esta última disposición tuvo lugar con la Ley N. 28730 del 13.05.2006, cuatro días después dictarse la Ley N. 28676 que introdujo en el CP justamente, entre otras categorías, la de la reincidencia. Por lo que la primera de las normas, por ser posterior, modificó implícitamente a la segunda. En esa línea, el texto del art. 69 del CP, al indicar que «la reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena», derogó lo dispuesto en el párrafo final del art. 46-B del CP que establecía lo siguiente: «A efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados». Con esto, se concluye que «la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta». Al respecto, es de destacar dos puntos: primero, la regulación del actual art. 69 CP termina con la frase «nueva pena», lo que reafirma que la consecuencia penal del hecho cometido por el reincidente o por el habitual es una nueva sanción y, segundo; el «olvido» estadual de los antecedentes penales, judiciales y policiales de la persona es coherente con la figura de la reincidencia (de otro modo no se podría sustentar la aplicación de una pena distinta), pero que deviene ilegítimo cuando se convierte en un mecanismo que posibilita sancionar a una misma persona con una «nueva» pena (más grave) valorando el mismo hecho.

## **2. La reincidencia como presupuesto para la aplicación de la prisión provisional**

En lo procesal, con la Ley N. 28726, se modificó el art. 135.2 del CPP de 1991 y se estableció que basta que el Juez verifique la suficiencia probatoria, el vínculo del procesado con la comisión del delito y el requisito de la peligrosidad o habitualidad para imponer la prisión provisional como medida cautelar. Sin que sea así necesario que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad. Así, se etiqueta al sujeto como delincuente durante el proceso, y se le hace pasible de medidas aflictivas por ser una «fuente de peligro» para la sociedad.

Respecto a la naturaleza y finalidad de la coerción personal, hay que recordar lo que, respecto a la prisión provisional, dice Asencio Mellado: «Si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden a los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse

en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el sistema democrático»<sup>42</sup>.

En cuanto a la finalidad de la coerción personal existen dos tendencias: por un lado, están los sustantivistas, que confunden el encarcelamiento durante el proceso con la pena o medida de seguridad del derecho penal, y le atribuye el cumplimiento de funciones propias a esas sanciones. Por otro, los procesalistas, que captan perfectamente la naturaleza y fines del encarcelamiento preventivo y le asignan solo la misión de custodiar los fines del proceso, para que este pueda cumplir su función instrumental de «afianzar la justicia»<sup>43</sup>. Definitivamente, la segunda concepción nos parece la más correcta. La detención preventiva no puede tener objetivos carcelarios propios de la pena criminal, sino debe circunscribirse a objetivos procesales incurso dentro de la teoría cautelar<sup>44</sup>. En el mismo sentido se expresa el TC<sup>45</sup> al afirmar que: «La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva [...] Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional».

En esa línea merece resaltarse lo sostenido por el TC<sup>46</sup>, en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad en parte de los D. Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880 sobre terrorismo. Los jueces afirman, respecto a la obligación de dictar detención al momento de abrir proceso, que la detención judicial preventiva no constituye una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o el resultado mismo del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido a su vez que la prisión preventiva es una medida cautelar y afirma que

---

42 Asencio Mellado, 2004: 204.

43 Cafferata Nores, 1988: 11 ss.

44 Pavez Lillo, 2004: 678. Sostiene el abuso de la prisión provisional propicia las siguientes consecuencias negativas: «1) Impide efectuar sobre el interno preventivo una labor resocializadora, al no ser posible desde el punto de vista jurídico efectuar intervenciones sobre un sujeto aún no condenado; 2) La prisión provisional facilita el aprendizaje delictivo, pues en la práctica no hay separación entre reclusos jóvenes y adultos, entre penados y preventivos; 3) El notable aumento de la población reclusa lleva un mayor costo para la administración penitenciaria y provoca una superpoblación carcelaria; y 4) La detención preventiva ocasiona los mismos efectos nocivos, perniciosos y estigmatizadores, tanto psíquica como socialmente, que produce la pena privativa de libertad».

45 STC Exp. N. 0298-2003-HC/TC, fundamento jurídico 3.

46 STC Exp. N. 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 140.

[de] lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva<sup>47</sup>.

En resumen, la naturaleza de la coerción es procesal, de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al mismo. No debe ser utilizada como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza. La peligrosidad subjetiva del imputado o la necesidad de impedir que cometa nuevos delitos son también manifestaciones de esta tendencia a emplear la detención con fines retributivos o preventivos (especiales o generales).

### **3. La reincidencia como excepción a la ejecución de la pena**

Mediante el DLeg N. 982 se modificó el art. 57 CP y se estableció que «la suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual». Para algunos, la legitimidad de esta medida es dudosa en la medida en que el cambio efectuado no se refiera a la determinación judicial de la cantidad de pena privativa de libertad, sino a su cumplimiento efectivo. Se cuestiona que se tome en cuenta tanto un hecho anteriormente cometido como la pena ya cumplida, como justificante de un trato más severo.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta es una facultad (no una obligación) otorgada al juzgador y que supone se considere que la prisión es inconveniente, entre otras razones, porque la cárcel desocializa o trauma al delincuente. Así, resulta paradójico que aun cuando «la suspensión de la pena privativa de libertad» resulta un respuesta ante la crisis del pensamiento resocializador de la pena privativa de libertad, ahora se opte por agravar el trato penal al reincidente o habitual (no resocializado por el Estado) a quien, por orden legal, no le alcanza el efecto de la norma<sup>48</sup>.

Como se ha visto, la calidad de reincidente o habitual agregada al art. 57 del Código penal por el DLeg N. 982, constituye una cualidad personal que justifica una opción más restrictiva de la libertad. Cualidad que se funda en la peligrosidad del delincuente por su carácter desviado, lo cual me parece criticable cuando dicha situación de «riesgo» no se justifica con otros datos objetivos. Y es que el mayor grado de reprochabilidad materializado en la pena privativa de libertad

---

47 SCIDH, Asunto Suárez Rosero, párrafo 77.

48 Ver más en: Alcócer Povis, 2007: 13 ss.

efectiva no debe depender, esencial y exclusivamente, de la culpabilidad del agente «por su modo de vida».

### III. CONSIDERACIÓN FINAL

Como colofón, luego de haber analizado los alcances de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, creemos conveniente formular las siguientes reflexiones. Es indudable que el Estado no puede dejar de lado, al momento de cuantificar la responsabilidad —no de cualificarla—, el carácter objetivamente peligroso del sujeto responsable. Sin embargo, tal potestad no es ilimitada en la medida en que se ha fijado previamente la pena respecto a cada delito.

Por esto, estoy de acuerdo que en el art. 46 (como agravantes genéricas) se evalúen estas circunstancias. Por el contrario, estimo que la reincidencia y habitualidad, como meras presunciones de peligrosidad (no corroborada con otros elementos), son insuficientes para aplicar al sujeto una «nueva» sanción, que supere el marco de la pena establecida previamente a nivel legislativo. Esto importaría tratar al delincuente como «enemigo». Lo mismo acontece cuando se utilizan estas categorías para aplicar detenciones preventivas y se desnaturaliza su índole cautelar (para el proceso) esta medida de coerción personal. Lo mismo se debe afirmar cuando el mero hecho de ser reincidente o habitual es previsto como circunstancia que impide suspender la ejecución de la condena. Subyace en esta disposición la idea del delincuente como fuente de peligro, a quien hay que inculcar en pos del «bienestar social».

El TC debe tener como finalidad tutelar la vigencia del ordenamiento jurídico constitucional, su poder no debe estar dirigido a dar respuestas coyunturales sin estar orientadas por el respeto de los derechos fundamentales. Cuando el TC deplora los programas político-criminales para (contra) «enemigos» y toma como referencia el modelo del Estado social y democrático de derecho adoptado en nuestra Constitución, debemos aprobar dicha posición, sobre todo en tanto personas interesadas en el estudio del derecho penal y ciudadanos atentos a que se respete la dignidad de toda persona. Por el contrario, la rechazamos, a pesar de lo antes anotado, cuando el TC «legítima» la adopción de medidas más restrictivas de lo normal en contra de personas a quienes, por su solo pasado criminal, se les trata como «enemigos», «indeseados» o «ajenos a la comunidad». Lamentablemente, en los últimos años, el TC ha tenido respuestas contradictorias en muchos temas, el tratamiento de la reincidencia y la habitualidad no ha sido la excepción.